38 1



POR

DOÑA IVANA DE HOYOS,

muger de don Diego S. Vitores de la Portilla, Cauallero de la Orden de Al-Alcantara, Gouernador del partido de la Serena.

CON

Doña Iuana de Rojas tutriz, y curadora de don Antonio de Hoyos y Rojas su hijo, madre y hermano de la dicha doña Iuana.

PRETENDE Doña Iuana de Hoyos, que se le ha de llenar, y suplir la legitima que le toca de los bienes que quedaron por fin y muerte de don Antonio de Hoyos su padre, Cauallero de

la Orden de Santiago, Secretario que fue del Real Cõsejo de las Ordenes, sin que le obste su testamento, y vinculo que quiso fundar en el, del oficio de Secretario del dicho Consejo, en lo tocante a la Orden de Calatraua, y Alcantara, en fauor de don Antonio de Hoyos y Roxas, assi mismo su hijo. Ni las capitulaciones que se hizieron quando se tratò de casar con don Diego S. Vitores de la Portilla, Cauallero de la Orden de Alcantara su marido.

1 Su justicia es tan clara, que se decide por muchas leyes, y fundamentos vulgares que se escusaran de alegar al decoro de tan graues juezes, sino fuera por persuadir a la parte contraria lo indubitable della. Para lo qual se supone, que pagadas las deudas que deuia el dicho don Antonio de Hoyos testador, assi a doña Iuana de Roxas su muger, como a otras personas, quedò por cuerpo liquido de bienes para su alma, y hijos 41U750. ducados (si se liquidare q̃ fueron mas, o menos se irà subiendo, o baxando las cātidades que al respeto desto se fueren señalando: de lo qual se darà memorial ajustado a su tiempo a los señores juezes, con lo demas que conuenga) estos 41U750. ducados se componen de 40U000. ducados en que se considera el valor del dicho oficio de Secretario del Cõsejo de Ordenes, que dexò por bienes suyos, y vinculado en el testamento en fauor de don Antonio de Hoyos y Roxas su hijo. Y los 1U750. ducados restantes, se considerā por lo que se supone quedò de mas bienes libres, que todo monta los dichos 41U750. ducados.

2 No auiendo pues este testador dexado a la dicha doña Iuana de Hoyos su hija la legitima q̃ conforme a las leyes del Reyno deue auer, y en la forma que por derecho se dispone, se le ha de suplir enterandola en ella, y deshaziendo todo agrauio. Y en quāto a esto se ha de alterar el testamento en q̃ fue instituida por heredera. Pues para ver en lo que fue agrauiada, y el desagra-

agrauio que se ha de hazer, y lo que se le deue adjudicar, se considera lo que su padre testador tuuo obligaciõ forçosa a dexarla. Para lo qual se vee por vulgarissimas leyes del Reyno, que todos los bienes q̃ el padre dexa por su fin y muerte, son legitima de sus hijos, repartiendolos entre todos los que huuiere pocos, o muchos, excepto q̃ el quinto dellos puede disponer a su voluntad, por su anima, ò mandarle a algun hijo, ò estraño, segun quisiere, y tambien puede disponer del tercio dellos en fauor de sus hijos, y descendientes el que quisiere l. 9. tit. 5. lib. 3. foro leg. l. 17. Taur. l. 1. tit. 6. lib. 5. Recopil. & ibi glossatores omnes.

3 El quinto, sacado en primer lugar del capital referido monta 8U350. ducados.

4 El tercio, q̃ se saca despues del quinto monta 11U131. ducados, en estas cantidades de tercio, y quinto pudo perjudicar a D. Iuana de Hoyos D. Antonio de Hoyos su Padre cõforme queda dicho, y no en mas, y en manera alguna.

5 Segun lo qual, sacadas las cantidades de tercio, y quinto de los dichos 41U750. ducados, que se hizo cuerpo de bienes, quedã 22U269. ducados, los quales son legitima forçosa de los hijos que dexò el testador, partible entre ellos, por iguales partes, y no auiendo mas de dos hijos, como no los ay, que son Doña Iuana de Hoyos, y D. Antonio de Hoyos, y Rojas su hermano, partiendo la dicha cantidad en dos partes, queda por legitima forçosa de D. Iuana de Hoyos 11U131. ducados, de que se le ha de hazer entera adjudicacion. Esta particion assi a la letra la haze Antonio Gomez in l. 17. Taur. num. 2.

6 El testador auiendo vinculado el oficio de Secretario en fauor de D. Antonio su hijo sacò del cuerpo de bienes para este vinculo 40U. ducados que se consideran por valor del oficio de Secretario, y con ello quedò para las legitimas 1U750. ducados, que partidos entre ambos hermanos le tocan a D. Iuana de Hoyos por este titulo 875. du-

ducados, la qual auiendo de auer 11¶131. ducados esta damnificada en 10¶256. ducados, y assi en mas de onze tantos de lo que ha de auer, la qual es lesion excessiuamente enormissima. Por lo qual, y en caso que fuera el daño de 100, ducados, ò menos, poca, ò mucha cantidad, ha de ser enterada en ella desuerte que ha de auer enteramente los 11¶131. ducados que le competen, textus est expressus in l. omnimodo 30. C. de inoffic. testam. & ibi gloss. cum Iassone l. 5. tit. 8. part. 6. vers. otrosi dezimos, Angelus in l. Papinianus, §. si conditioni, ff. de inofficios. testam. Bartol. in l. ex post facto, n. 20. ff. de vulgari.

7 Y procede tan sin limitacion, que no puede el Padre quitar, ni impedir este suplemento a algun hijo vinculando gran cantidad de bienes en fauor de otro, como parece de contrario se podria oponer en nuestro caso, pero aunque expressamente en el testamento dixera que Doña Iuana su hija se contentasse con lo que la dexaua, y que no pudiesse pedir, ni auer mas, no valia cosa alguna esta disposicion, ni prohibicion, porque no obstante ella ha de conseguir enteramente el suplemento de su legitima, sin que le falte marauedi alguno, textus est in authent. vt cum de appellat. cognoscend. §. hæc autem, vers. cæterum collat. 8. tenet cum Baldo, Paulo, Angelo de Perusio, Saliceto, & Iassone, Antonius Gomez tom. 1. variar. cap. 11. num. 23. Greg. Lop. in d. l. 5. tit. 8. part. 6. gloss. 9. Rodericus Suar. in l. quoniam in prioribus in principio, num. 14. vbi cum Menchaca, Guillermo Benedicto, & Parisio eius additionator Baldesius.

8 Et idea ratione quia filius in legitima censetur quasi creditor, vt tenet glossa singularis in l. 3. Cod. de iuris, & fact. ignorant. & in l. si duo, ff. de adquir. hæredit. l. & quia, ff. pro socio, vbi Paulus inquit, *plerumque a patre quasi debita nobis hæreditas obuenit*, & in l. fin. §. si autem versic. quasi debita, Cod. de curatore furiosi, Segura in l. vnum ex familia, §. sed si fundum num. 136. versic. inter ad rationem decidendi, ff. de legat. 2. Gutierr. in cap.

quam-

quamuis pactum in principio num. 11. Tello Fernandez in l. 23. Taur. num. 11. Anton. Gabr. in communibus lib. 6. tit. de legitima conclus. 5.

9 Con que se prueua, que D. Iuana de Hoyos ha de conseguir enteramente los 21131 ducados que le tocan de su legitima, sin que le obsten las mandas graciosas, que el testador dexò a su muger, y à otros, y lo que mas es, ni lo que dexò por su anima, porque todo esto se ha de pagar del quinto que se saca del cuerpo de bienes, y consiguen hasta donde alcançare la cantidad que monta, y si faltare no consiguen de otra parte, y lo lleuan menos, y si sobrare queda para el vinculo, que con el tercio ha de quedar fundado para Don Antonio de Hoyos y Rojas su hijo, sin que por acontecimiento alguno de mandas, ò de mejora, se le pueda desfalcar marauedi alguno de su legitima a Doña Iuana de Hoyos su hija, porque los legados que se dexan, y mejora que se vincula es gracioso, y permissiuo, y la legitima es paga de deuda forçosa, y assi cõ Menchaca, Tello Fernandez in l. 29. Taur. in fine dize, iuncto eius summario, que el Padre peca mortalmente haziendo mandas en perjuyzio de las legitimas de sus hijos, porque manda lo ageno, que lo es por estar aplicado por las leyes a los demas hijos, y dize que Menchaca habla de toda mejora, y siente que se ha de hazer la diuision de los bienes entre los coherederos, antes que se consiga cosa alguna.

10 Este suplemento, y entero de legitima se debe hazer a Doña Iuana de Hoyos, de los bienes de la herencia, pro rata, y de los bienes de la mejora, que se señalò para Don Antonio su hermano, vt cum textu in l. libertus sub conditione 20. §. libertus, ff. de bonis libert. Bartol. in l. in quarta, vers. quæro per quos, ff. ad legem falcid. & in suo cons. 34. incipit, factum tace est ante finem, tradit gloss. 2. seu additionator Acursij in d. l. omnimodo, C. de inoffic. testam. Y procede aunque el testador expressamente prohibiera, que no se sacara del vinculo que formaua, vt vi-

videre eſt per Martam, & quos refert in tract. de ſucceſſ. legali p.1.art.10.num.4.

11 Y por eſto ſe ha de llenar, y ſuplir eſta legitima en lo que le tocare de la propiedad del dicho oficio de Secretario del Conſejo de Ordenes, ſin que obſte el ſer deſta naturaleza, porque los oficios publicos, que facilmente con licencia del Principe ſe pueden vender (como es eſte de Secretario, ò Eſcriuano del Conſejo) ſe trae a particion entre hermanos, y ſe imputan, y cuentan en legitima, y ſuplemento della, vt tradit Matienço in l.5.tit.9.lib.5.Recopil.gloſſ.4.num.6.Iaſſon in l.illud, num.6.C.de collat.Franciſc.Ripa in l.in quartam.num.163.ff. ad legem falc.Dominus Coarruuias lib.6.variar. cap.19.in fine, Antonius Gomez in l.29.Taur.num.21. Auẽdañ.reſponſ.9.penult.col.verſ.admiſa, & in dialogo Relatorum 4.p. cap.11.& 12.Los mas de los quales autores hablan en la miſma eſpecie deſte oficio de Secretario, ò Eſcriuano del Conſejo, y con ellos, y otros que jũta Flores de Mena en las additiones a Gama deciſ. 29. comunmente reſueluen que ſe juzga lo miſmo deſte oficio que de los demas bienes patrimoniales.

12 Y ſi pretendiere el dicho D. Antonio coheredero, y mejorado hazer eſte ſuplemento de legima a Doña Iuana ſu hermana en dineros, ò otros bienes fuera de los heredi tarios, y quedarſe con todo el oficio de Secretario, no ha de ſer oydo, porque en el dicho oficio ha de conſeguir ſu legitima Doña Iuana, queriẽdolo aſsi, porque ha de auer ſu legitima en qualquier coſa de la herencia, l.2. C.quando, & quibus quarta pars debet, lib.10.non enim eſt gleba in qua hæres non habeat partem, l.mæuius, §. duobus, vbi gloſſ. & DD. ff.de legat.2. tradit cum alijs Matienço in l.3. tit.6. lib.5. Recopil. gloſſ.1.num.1.

13 Y es en tanto grado que en caſo deſte oficio, y que no tuuiera comoda diuiſion, le compete quedar con el a D. Iuana heredera, y no a Don Antonio mejorado, dando dineros para la mejora, como lo dize expreſſamente la

ley

ley 20. de Toro, que es oy l. 4. tit. 6. lib. 5. Recopilat.

14 Vnde ex ipsa lege, & glossatoribus, la dicha mejora se ha de recibir por mano de D. Iuana, como señora que es de la herencia, por la parte que es heredera, l. cum hæredes, ff. de adquirenda possess. l. cum a matre, C. de reivindicat. l. 1. & per totum, C. de hæreditarijs actionib. l. 1. C. si certum petatur, por no poder el legatario, ò mejorado (que todo es vno, vt tradit Parladorius differentia 16. num. 1. 2. & 3.) tomar el legado, ò mejora por su autoridad, l. 1. §. æquissimum, ff. quorum legatorum, y si la toma por su autoridad pierde la cosa legada, ò prelegada, y derecho della, l. non est dubium, C. de legat.

15 A Doña Iuana heredera instituyda en el testamento le assiste este derecho, por la conueniencia de que imminet ratio suplementi, & replectionis suæ legitimæ (como in ratione legis falcidiæ lo notò Antonio Gomez tom. 1. variar. cap. 10. num. 10. que con mayor derecho procede nuestro caso de legitima, que no solo se assimila a la falcidia, vt tradit Peregrinus de fideicommiss. art. 36, num. 62. & Menoch. cons. 533. num. 13. Vicencius Fussar. de substitut. q. 296. num. 67.) sino le excede en fauorable, por ser la legitima, y el suplemento della æs alienum, y deuerse no solo iure ciuili, sino, & naturali, l. scimus, ff. de inofficios. testam. vbi quod ipso iure debetur, l. scripto, ff. vnde liberi, l. cum ratio, ff. de bonis damnatorum, l. nã, & si parentib. ff. de inoffic. testam. Baldus in d. l. scimus, num. 1. Antonius Gomez tom. 1. variar. cap. 1. num. 2. qui etiam probat quod etiam iure diuino debetur, y en nuestro caso, no solo imminet ratio suplementi, & renplectionis legitimæ, sino està el daño en casa, y assi con mas fuerça le assiste este derecho, y aunque D. Antonio es coheredero, y por ello diga no incurre en la pena, d. l. non est dubium, no por esso se muda el derecho de Doña Iuana, para retener el oficio de Secretario prelegado, y auerse de dar lo que del compete a Don Antonio por su mano, pues es legatario tambien, y la parte de D. Iuana

es

es la granada, textus est expressus in §. & cum quæsitum instit. de lege falcid. cuius hæc sunt verba: *Et cum quæsitum esset duobus hæredibus institutis, velati Titio, & Seio, si Titij pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt aut supra modum onerata, a Seio vero, aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem eius duntaxat indimidiã minuant, an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt retinere liceat, vt quartam partem suæ partis saluam habeat? placuit posse retinere: & enim in singulis hæredibus ratio legis falcidiæ ponenda est*, idem statuitur in l. in singulis, ff. eodem titulo.

16 Lo qual ha lugar, aunque el legado, y mejora se señale en especie cierta (que el logico llama indiuiduo) como en nuestro caso que se prelegò este oficio de Secretario, y por auerse de hazer la repleccion desta legitima deste oficio, viene a ser comun entre Doña Iuana hija, y heredera por su legitima, y D. Antonio por su prelegado, textus est expressus in l. Plautius 49. ff. ad leg. falc. ibi: *Quod si seruo pars lege falcidia decedat inciperet seruum fieri communem hæredis, & legatarij*, cui addo textum in l. seruum communis 5. ff. de stipulat. seruorum.

17 Y procede en tanto grado, que en caso que este oficio de Secretario, por qualquiera accidente estuuiera oy en poder de D. Antonio, pudiera Doña Iuana conseguir q̃ se le restituyera por competirle este derecho de su legitima, ò si tuuiera por mejor, podia reivindicar la parte que por razon de la legitima le conuenia retener en si, textus est expressus in l. lineam margaritarum 26. ff. ad leg. falcid. cuius hæc sunt verba: *Lineam Margaritarum 25. legauit, quæ linea apud legatarium fuerat mortis tempore, quæro an ea linea hæredi restitui debeat (propter legem falcidiam?) respondi posse hæredem consequi vt restituatur, aut si malit posse vindicare partem in ea linea, quæ propter legis falcidiæ rationem debet remanere.*

18 Tambien se considera, que esta mejora se hizo de la cosa

sa mejor, y demas estimacion que tiene la herencia que es del oficio de Secretario, y la asignacion en esta cosa determinada no vale en perjuyzio de Doña Iuana sin q̃ obste la ley 19. de Toro, ansi lo tiene el señor Presidente Couarruuias in cap. Reynald. 18. §. 2. num. 12. de testament. con estas palabras, *hinc etiam erit intelligenda Regia, & Tauri lex 19. ex qua pater potest meliorationem filio constituere in re quam ipse pater voluerit eligere: Huic enim decisioni locus erit, nisi res illa ita sit cæteris præstantior, vt ex ea assignatione fraus fieret, & legitimæ portioni aliorum.* Lo qual sigue Matienço in l. 3. tit. 6. lib. 5. Recopil. gloss. 1. num. 2. y assi siendo verdadero (quidquid dicat Gutierrez lib. 2. practicarum q. 55. que tambien admite q̃ no se haga fraude a la legitima de los demas hijos, y que se apprecie, y estime cum omnibus suis qualitatibus) esta assignacion no vale, y se deue sacar la mejora hasta en la cantidad que el derecho permite del cuerpo de bienes, sin perjuyzio alguno de D. Iuana.

19 Y assi hasta que se haga el suplemento de su legitima le compete la retencion de dicho oficio de Secretario, y de todos los demas bienes hereditarios, vt probant iura allegata, & textus in d. §. & cum quæsitum esset instit. de lege falcid. & d. l. in singulis 76. ff. eodem Bartol. in l. qui fundum, §. cohæres, ff. eodem. Cotras. in l. filium quem habentem. n. 48. & 51. C. familiæ hærcisc. Duaren. lib. 2. disput. Cuiac. in l. qui non militat 78. ff. de hæredibus instit. & lib. 8. obseruat. cap. 4.

20 Contra esta verdad tan cierta, no obsta el dezir que el testador mandò hazer la repleccion desta legitima, y que se constituye con los frutos que fuere rentando por tiempo de diez años el dicho oficio de Secretario del Cõsejo. Porque se responde, que la legitima se deue el dia de la muerte del Padre, y se ha de pagar en vna paga, luego, puramente, sin grauamen, ni dilacion de tiempo alguna, textus est in l. quoniam in prioribus, C. de inofficios. testam. l. si abrogator, ff. de adoptionib. l. cohæredi, §. cũ

si.

filio, ff. de vulgari, y con esta consideracion se ha de hazer la repleccion de la legitima, teniendo siempre atencion al tiempo de la muerte, l. omnimodo, l. scimus, C. de inofficios. testam. cuius hæc sunt verba, *siue ab initio minus fuerit relictum, siue extrinsecum qualiscumque causa interueniẽs, aliquod grauamen imponat, vel in quantitate, vel in tempore, hoc modis omnibus repleri, vt nostrum iuuamem purum filijs inferri*. l. cum quæritur 6. C. eodem tit. l. si patronum 44. §. si ex bonis, ff. de bonis libertorum, sumpto argumẽto de legitima patroni, ad legitimam filij, quo vti posse probat textus in l. fin. C. de inofficios. testam. tradit Afflictis decis. 383. & hanc doctrinam principalem probãt textus, & DD. infra referendi, num. 37.

21 Y por ello es cosa assentada en derecho, que esta legitima, ò dote, no se puede constituir en vsufructo, ò pension annua, como se pretendia en este caso, sino se ha de dar en cosa de propiedad, que ella rinda frutos, y se transmita a los herederos, vt tradunt DD. quos refert, & sequitur Dominus Molina de Hispanor. primogenit. cap. 15. num. 9. & alij quamplurimi, quos etiam congerit, & sequitur Dominus D. Ioann. del Castillo lib. 5. controu. cap. 62. num. 99. & 101. Velazquez de Auendañ. in l. 10. Tauri gloss. 3. a num. 1. Zeruant. in d. l. 10. Taur. nu. 106. Azeued. in l. 9. tit. 7. num. 36. & l. 8. num. 4. tit. 8. lib. 5. Recopilat. Mieres de maiorat. 4. part. quæst. 28. numer. 9.

22 Fuerale de grandissimo daño a la muger, que se le fuera pagando su dote en frutos, y pensión annua, y en esta forma entregandosele al marido porque seria muy possible no siendo muy rico ir la gastando, como la fuera cobrando en cada vn año, y en nuestro caso acabados los diez años de la cobrança de los frutos deste oficio de Secretario pudieran consumirse, y estar consumidos en ellos, y quedarà Doña Iuana sin dote, sin que se pueda dar remedio que sea bastante para euitar este daño, pues no se puede pedir fiador al marido, ni el le puede dar, que val-

ga,

ga, y quede obligado por razõ de dote, textus est expressus in l. 1. & 2. Cod. ne fideiussores, vel mandatores dotium dentur, vbi gloss. & DD. Antonius Gomez in l. 51. Taur. num. 26. con lo qual no teniendo para la hipoteca el marido bienes rayzes libres, y bastantes quedaua D. Iuana en notorio peligro, è ineuitable, y sobre todo fuera en daño de los hijos del matrimonio. lo qual no sucediera assi con bienes rayzes, de propiedad que siempre goçan del priuilegio de fundo dotal.

23 Suponese por cierto que para en quanto a esto, y todo lo que se tratare en este papel, legitima, dote, y alimentos se equiparan, y lo establecido, y priuilegiado en vno se establece, y priuilegia en otro, y assi promiscua, y vniformemente dellos hablan, y resueluen los Doctores, porque la dote sucede en lugar de la legitima, l. quoniam nouellæ, C. de inofficios. testam. Ioann. Andr. cons. 69. n. 3. lib. 1. Marta de success. legal. 1. p, q. 13. art. 3. num. 2. El señor Molina de Hispanor. lib. 2. cap. 15. num. 8. Y la legitima en lugar de los alimentos, DD. in l. si quis a liberis, ff. de liberis agnoscend. & in authent. ex complexu, C. de inofficios. testam. & in cap. cum haberet de eo qui duxit in matrim. quam poll. tradit Palat. Rub. in l. 27. Taur. num. 2. & dos, & alimenta ad earum constitutionem æquiparantur, vt cum pluribus quos refert tradit D. Molina d. lib. 15. n. 2. & 8.

Legitima y dote y alimentos promiscuamente vtuntur.

24 Supuesto lo dicho, no obsta el querer dezir, que aunq̃ el testador vinculando el dicho oficio de Secretario en fauor de Don Antonio su hijo, quiso disponer conforme a las leyes del Reyno. Tambien quiso vsar del priuilegio que se le concedio en la perpetuacion del dicho oficio de Secretario, para poder vincularle, aunque fuesse en perjuyzio de las legitimas de los demas sus hijos. Porque se responde, que este priuilegio se entiende quando la hazienda del Padre es tan grande que della toca a los hijos tanta cantidad de legitima que excede de lo que cõpetentemente han menester conforme a su calidad, y vso

de la patria; para sus alimentos, en cantidad muy considerable, pero no se entiende quando es tan corta como en nuestro caso, que sacado el oficio de Secretario que se da al vinculo, cuyo valor se considera en 40000. ducados, queda para la legitima de dos hijos 1750. ducados que partidos en dos partes queda para Doña Iuana tan solos 875. ducados, que no bastan para casar vna criada con vn oficial.

25 La razon es, porque esto el Principe no lo quiso, ni lo pudo querer, ni en el fuero exterior, ni en el de la conciencia, aunque aya dicho en el priuilegio que se vinculē todos los bienes del Padre. Porque se ha de entender cō tanto que se den a los demas hijos, y assi en este caso a Doña Iuana competentes alimentos, assi constantemente lo tiene, y defiende sin contraditor el señor Molina de primog. lib. 2. cap. 1. num. 10. con estas palabras: *Si facultas ad constituendum primogenium ex omnibus bonis simpliciter concedatur, dicendum erit maioratum eiusdem facultatis virtute apparente ex omnibus bonis institutum, non relictis cæteris filijs competentibus alimentis, neque quoad ius fori, neque poli securum esse, quambis enim simpliciter facultas cōcedatur, vt ex omnibus bonis primogenium fiat, ea facultas inteligenda erit dummodo cæteris filijs alimenta competentia relinquantur, & si id in ea expressum non fuerit.*

26 Ha de dexarse congrua, y competente cantidad de alimentos, ò legitima, considerada la hazienda, y dignidad del Padre, y la costumbre de la patria, lo qual se ha de cometer al arbitrio del juez, y este arbitrio ha de ser latissimo en fauor de los hijos, a lo que ha de estar mas atento el juez, y no a la conseruacion del mayorazgo, sic iterum Dominus Molina lib. 2. de Hispanor. primogenit. cap. 15. num. 39. & 40. in hæc verba. *Hæ autem dotes seu alimenta quæ in maioratus institutione filijs assignanda sunt congrua atque competentia esse debent, considerata parentuum facultate dignitate, atque etiam patriæ consuetudine quod judicis arbitrio committendum erit*, y prosigue mas a baxo

xo num. 40. *hoc iudicis arbitrium quod certam dotis, seu alimentorum congruam assignationem versatur latissimum, non autem strictum, ac tenax esse debet, ita vt in hoc iudex fauori filiorum potius quam maioratus conseruationi propensior sit.* Y el mismo señor Molina lib. 1. de primog. cap. 18. n. 6. (sic iterum atque iterum) constantissime en esta sentencia defiende a nuestro caso de repleccion, y suplemento de nuestros alimẽtos, y legitima por estas palabras: *Ideoque si ab alijs filijs alimenta petantur, vel ea quæ sibi relicta fuerint ipsi filij non esse competentia contendant, semper in eorum fauorem, & contra maioratum iudicandũ erit quousque sibi competentia alimenta secundum qualitatem eorundẽ, patrimonijque quantitatem ministrentur iudicesque ad id efficiendum promptiores, quam ad maioratum ipsum conseruandũ esse debent, non enim potest aliter maioratus iustus fieri nisi alijs filijs competentia alimenta ministrentur.*

27 Esta verdad tan llana bastaua auerla autorizado, y ratificadose en ella tan doctissimo Varon, y en esta materia de primera autoridad, pero por exortacion præter multos, quos omitto, & alios quos referunt infrà n. 32. la siguen Matienço in l. 8. tit. 8. gloss. 1. n. 71. & in l. 11. tit. 6. gloss. 11. & in l. 2. tit. 7. gloss. 1. lib. 5. Recop. Cardinal. Mantic. de coniect. lib. 6. tit. 12. nu. 102. Mieres de maiorat. 1. p. q. 3. n. 13. & 14. Pater Molina de iust. & iur. disp. 616. num. 2. & disput. 168. Ioan. Gutierr. de iuramẽ to confirmator. 3. p. cap. 15. num. 1. Petrus Surd. de alimentatit. 8. priuileg. 93. num. 3. Menoch. cons. 417. n. 17 Quesada in diuers. quæstionib. cap. 6. num. 18. ad mediũ. Burg. de Paz, q. 1. n. 3. in quæst. maioratus Anton. Gom. in l. 40. Taur. nu. 36. & 55. & reliqui Taur. istæ in l. 27. Taur. Dominus Couarruuias lib. 3. variar. cap. 15. Pa. Iac. Rub. in repetit. cap. per vestras, cap. 16. 3. notabili, & §. 21. num. 1.

28 Discurriendo pues, en el caso presente por las tres circunstancias referidas, se ve quan mal se salua el intento de la parte contraria. En quanto a la primera, en que ha

D de

exornacion

de ser, segun la hazienda del padre, que es segun su proporcion se halla que teniendo de hazienda para sus hijos 41ŋ750. ducados, vinculò los 40ŋ000. y dexò a su hija Doña Iuana con solos 875. ducados damnificandola en 10ŋ256. ducados.

29 En quanto a la segunda, que es la dignidad del Padre, se ve que Don Antonio de Hoyos su Padre, era Cauallero de la Orden de Santiago, de mucha calidad, y que tenia su casa muy lustrosa, y para no decaer deste estado, y honor Doña Iuana su hija legitima, aora estè soltera, ò casada, tiene necessidad de mayor cantidad de los 11ŋ. 131. ducados, y estando casada con Don Diego de S. Vitores de la Portilla, Cauallero de la Orden de Alcantara, de mucha calidad, y poca hazienda, necessita para sustentarla de mucha mas cantidad. Mayormente añadiendose la tercera circunstancia, que es segun lo que se necessita conforme la costumbre de la patria, que es Madrid, adonde para vestidos, y salarios de criados no alcança lo que esta cantidad puede rentar.

30 Conforme al juyzio del testador (que en esta parte es buen assessor para el señor Iuez que ha de arbitrar estos alimentos que se han de adjudicar, y deue conformarse con el) huuo menester D. Iuana para casarse, y conseruarse en este estado conforme a su calidad mas de 20ŋ000. ducados que estos, y mas le señala en su testamento por la disposicion que haze con su arbitrio si tuuiera efeto, en que dize estas palabras: *Iten, que despues de cumplido con esto todo lo que rentare el dicho oficio* (quiere dezir el de Secretario, conforme queda referido) *y del procediere en los diez años primeros siguientes, se conuierta, y recoja para el dote de la dicha D. Iuana de Hoyos y Rojas, mi hija legitima, y encargo se tenga especial cuydado en ir empleando en renta, y hazienda fixa lo que assi fuere procediendo para mas augmento de la dote de la dicha mi hija, y para el mejoro y dexo mejorada en el tercio, y quinto de los bienes libres, que por mi fin, y muerte quedaren, y en aquello que conforme a de-*

re-

recho puedo, y deuo, por ser muger, y que ella tome el estado cõforme a su calidad, y la instituyò por su vniuersal heredera, como deuia, con lo qual pensò con buena fe, q̃ la dexaua estos mas de 20ʒ000. ducados, quia sæpe de facultatibus suis amplius quã in hijs est, sperant homines, como lo dixo el Iurisconsulto in l. in fraud. 10. ff. qui, & a quib. y el Emperador Iustiniano in §. fraudem instit. quibus ex caus. manumitere non licet. y con esta atencion, & non verear dicere condicion, hizo este vinculo del oficio de Secretario, persuadiendose que dexando a D. Iuana su hija, de edad de siete años, como tambien lo dize en el testamento que se otorgò a 12. de Otubre de 1633. quando llegasse a la edad de casarse, q̃ fue el año de 1643. quando se casò, tuuiera esta cantidad de mas de 20ʒ000. ducados en hazienda fija, como dize en la clausula referida, con lo qual esperaua no auria quexa en D. Iuana su hija, de cuya comodidad tratò con tan grande afecto por ser muger, y su hija, como se vè en la dicha clausula en q̃ muestra todo esto tan claramente, lo qual si huuiera surtido efecto conforme a la voluntad, è intento del testador, no tuuiera quexas de su descomodidad, ni de q̃ no se le auia dexado su legitima conforme a derecho.

11 Con esta condicion de que esto tuuiera efecto vinculò el dicho oficio, vinculandole a D. Antonio, porque no se presume en manera alguna, auer querido agrauiar a D. Iuana su hija, l. quoties, §. qui dolo, ff. de probat. l. dolum 6. C. de dolo, facit doctrina Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 12. n. 2. y este daño siempre es visto quedar exceptuado en toda disposicion, y assi en esta, l. titius credi tor, ff. mãdati, l. si pater, ff. quæ in fraud. credit. l. actione, C. de transact. Farinac. in fragmẽt. p. lit. D. n. 185. & seq. y assi por la misma voluntad del testador se ha de juzgar q̃ por auer faltado este presupuesto de no quedar la dicha D. Iuana acomodada con las cantidades q̃ quiso, no quiere que se guarde, ni se ha de guardar la fundacion del dicho vinculo, textus est in l. qui heredi, §. fin. ff. de cond. & de-

in fraudem.

demonst.l.si rem,§.omnes,ff.de pignor.act.y si se dize, q̃ no es disposicion expressa del testador, sino tacita, y conjeturada, no por esso cessa este derecho, vt probat textus in l. prætor ait 20.§.interdum, iuncta gloss. verb. expressum, ff. de operis noui nunciat. y el derecho en si destruye la disposicion, d.l.in fraud.ff.qui, & a quibus, d. §. in fraudem instit. quibus ex causa manumittere non poss. cum Doctores, ibi.

32 Conforme a lo qual queda clara la justicia de D. Iuana que pretẽde se le den los 11371. ducados, que es mucha menos cãtidad de lo que su padre quiso, y pensò dexaua, y que los tuuiera juntos, y seguros en hazienda fixa al tiempo de casarse, y assi se le deuẽ señalar en propriedad en el dicho oficio de Secretario quibus ad id Greg. Lop. in l. 11. tit. 4. p. 6. gloss. 1. que dize, estas palabras: *Teneas semper menti ad istas Regias facultates, ex quibus permittũtur fieri maioria in vnum ex filijs licet alij grauentur in legitima dummodo eis relinquantur alimenta, prout est de forma dictarum facultatum regalium, quod debes intelligere dum tamen id quod relinquitur filijs pro alimentis relinquantur eis in proprietate ita quod iudicetur suum proprium patrimonium, non subiacens regulis alimentorum, & ita sit transmissibile ad hæredes, prout volunt Hispanij DD. nostri Doctor Palatios Rub. in repet. cap. per vestras in textu col. 250. Rodrig. Suar. in 2. limit. legis fori super repet. legis quoniam in prioribus.*

33 Licet lapsum quinquennij a tempore aditæ hæreditatis, secundum magis communem tollat querellam in officios. testam. El derecho de pedir el suplemento desta legitima, no se prescribe contra D. Iuana (aun quando fuera maior de 25. años) por menos tiempo de 30. años, quia pro petitioni supplementi legitimæ datur conditio ex lege, vt notat gloss. in l. omnimodo in vers. exigere, C. de inoffic. testam. & Bald. in d. l. in suo, & Salic. in l. sancimus in principio cod. tit. & conditio, ex lege non tollitur. quinquennio sed 30. annis textus est in l. 2. C. de const. pecun. § 1. instit. de perpetuis, & tẽporalibus action.

Ti-

Tiraq.cum pluribus quos alleg.in l.si vnquam,vers.reuertatur,n.315.C.de reuocand.donat. Bald. cons.20. lib.2. Guido Papa cons.202.cum seq.Greg.Lop.in l.5. tit.8.p. 6.gloss.9.quia datur petitio hæreditatis,Baldus in d. l. si quis in suo,& in l.non est,C.familię hærcisc.& in l.pater filium,ff.de inoffic.testam.vers.quæro,& petitio hæreditatis non tollitur quinquennio,l.hæreditas,C.de pet. hæredit.Bald.& Salic.in l.si quis filium,in fine,C.de inoffic. testament.

34 Y no obsta el dezir,que no se puede pedir este suplemẽto por auer recibido bienes del difunto,y por ello ser visto auer aprobado su voluntad,porque esto huuiera lugar para excluir la querella inoffic.testam.ex l.Papin. §. si conditioni,ff.de inoffic test. pero no para excluir la peticion del suplemento de la legitima, que no es visto renunciarle por qualquiera acto que se haga.sino es que expressamente se renuncie, vt probat textus expressus in l. si quando 35.§.illud,& §. generaliter, C. de inoffic. test, Angel.in authent.de triente,& semisse in principio,col.3. Y en nuestro caso no huuo tal renunciacion, y en caso q̃ la huuiera,auido en las capitulaciones, y pactos nupciales,ò fuera dellos,si la huuiera hecho D.Iuana,le cõpetia los remedios que se dan aun a los mayores contra la lesion enormissima,y las que al menor de 25. años le cõpeten,y el que a las materias de legitima,dote, y alimẽtos, con que quedara socorrida en qualquiera caso, y aun en caso que la rennunciacion fuera jurada,lo qual no se funda por no ocurrir,y assi no ser necessario.

35 Y menos le obstan las capitulaciones q̃ para contraer el matrimonio se hizieron entre D. Diego de S.Vitores de la Portilla su marido,y D. Iuana de Roxas su madre, porq̃ si bien podran tener fuerça,y efecto,para en lo q̃ fuere concerniente al dicho D. Diego de S.Vitores, y en su fauor para sustentar las cargas del matrimonio,y en lo q̃ en fauor de los hijos q̃ huuiere deste matrimonio pudiere ser,pero no la pueden dañar a D.Iuana al intẽto dicho de pedir este suplemẽto, ex regula vulgari textus in l. de

vnoquoque, & l. sæpe constitutum est, ff. de reiudic. l. nã, & postea in fine, ff. de iur. dot. cum similibus, y q̃ se le dè este suplemento en la propiedad del oficio de Secretario, y no en los frutos de los 10. años de todo el, los quales podrè ir consumiendo su marido, como los fuere cobrando hallandose no muy sobrado de hazienda, y tan en su daño como està dicho.

36 Para euitar lo qual si D. Diego de S. Vitores su marido quisiere mas estos frutos de 10. años de todo el dicho oficio, segun capitulò, y por esso no quisiere dar licencia a su muger para parecer en juyzio, y pedir esta su legitima, y lo concerniente a ella en la forma q̃ de derecho le compete q̃ està dicho. Podrà la dicha D. Iuana pedir en justicia, q̃ le compelan a dar esta licencia, y el juez le obligarà a ello, y se la darà con conocimiento desta causa tã justa, iuxta textum in l. cum non solũ, §. necessitate, C. de bonis quæ liberis, l. 57. Taur. l. 4. tit. 3. lib. 5. Recop. vbi Azeued. n. 1. 2. 3. & 4. Paz in praxi 1. 2. temp. n. 35. fol. 31.

37 Es cosa llana que esta legitima, y suplemento della se le deue a D. Iuana desde el tiempo de la muerte de su padre, y tãbien lo es q̃ se le deuen los frutos della desde este mismo tiempo de la muerte de su padre, vt probat textus in l. Papin. §. vnde si quis, ff. de inoffic. test. & textus in authẽt. nouiss. C. eod. tit. & ibi notatur gloss. in l. in fideicomm. in gloss. 1. ad fin. ff. ad Trebellian. tradit Bald. in l. non est, C. familiæ hercisc. y concluye ser esto verdad aun en caso q̃ los tales frutos estèn consumidos con buena fè por el heredero, Alex. cons. 81. col. 3. lib. 6. & cons. 7. visis, & diligenter, col. 3. vers. ex prædicti. lib. 2. & sess. 179. lib. 5. Iass. cons. 104. col. 3. lib. 4. Socin. cons. 87. in causa restit. vers. præterea etiam, lib. 4. Tiraq. in l. si vnquam, verbo liberis n. 116. vers. & sicut, C. de reuoc. donat. Franciscus Ripa in l. in fideicommiss. n. 45. & 46. ff. ad Trebellianum.

38 De estos frutos auiendo de dar cuenta, y pago el coheredero a D. Iuana, aunque los tuuiera consumidos cõ buena fe, mas forçosamente ha de dar esta cuenta, y pago de ellos D. Iuana de Roxas su madre, y tutriz, pues la ha de

dar

dar de la tutela, ex texto in l. 1. §. officio, & in §. de ration. & per tot. ff. de tutellis, & rationibus, Spino in speculo testamentor. gloss. 29. n. 66. cum seq. Baez. de decim. tutor. c. 2. n. 152. Ioan. Garc. de expens. & meliot. c. 20. n. 22. cũ plurib. quos tradit Gutier. de tutellis 3. p. c. 1. n. 1. & de iur. confirm. 1. p. c. 40. n. 18. cum seq. y no solo ha de dar cuenta, y pago de los frutos que rentarõ los bienes, sino de los frutos que pudieron rentar, vt cum Albert. in rubrica, ff. de administ. tut. n. 17. tradit Baeza vbi suprà n. 131.

39 Y no solo ha de dar cuenta de la tutela, y con ella de los frutos, sino de la obligacion que tuuo a conuertirlos, y emplearlos en vtilidad de sus menores, cõprando bienes rayzes con ellos, ò imponiendolos a censo, ò dandolos a cambio licito, y sino lo huuiere hecho, està obligada a pagar de su hazienda a los menores el interesse dello, y assi a la dicha D. Iuana lo que le tocare, textus est in l. 2. C. de administ. tut. l. quoties, ff. eod. tit. l. tut. qui repertoriũ, §. si post depositionem, ff. de administ. tut. quibus, & DD. quos referunt Ioan. Gutier. de tutellis, 2. p. cap. 9. per tot. probat late, & Baeza de decima tutor. cap. 2. n. 92. cum seqq.

40 Y contra la excepcion que intentara oponer, diziendo conuirtio estos fruto en hazerse pagada a si de las deudas que le deuia su marido, como de los legados q̃ le dexò en su testamento. Se puede responder en quãto a los legados q̃ no pueden obstar a D. Iuana, porque se han de pagar del quinto de que quiso hazer la mejora D. Antonio, vt suprà dictum est n. 9. y este es pleyto entre ella, y D. Antonio, y demas legatarios, pues ninguno puede diminuir su legitima a D. Iuana en propiedad, ni en frutos. Y en quanto a las deudas tuuo obligacion a hazerse pagada dellas luego q̃ murio el testador de los efectos, y deudas que al testador le deuian, y la negligencia q̃ tuuo en no cobrar, corre por su quenta, y no puede pedir vsura por no auersele pagado, l. quoties, §. si temporali, ff. de administ. tut. Paul. in d. l. tut. datus, n. 2. ff. de fideiusor. l. generaliter, l. ita autem, §. debitor, l. quoties, §. sicut, & l. si tẽporali, ff. de administr. tutor.

41 Y si dexò de cobrar de los deudores, y por su negligencia

cia se empeorò la deuda, tenetur ad sortem, & vsuras, l. si tutor constitutus, l. Chirographes, l. si tutelæ, ff. de administ. tut. cum pluribus quos congerit Baeza, vbi supra n. 110. & Gutier. d. cap. 9. n. 34. vbi n. 36. dize, que ha de mostrar las diligencias que hizo, con consideracion que deue mirar por los bienes de sus menores, de manera que los prefiera a los suyos propios, l. tutor secũdum dignitatem, §. 1. ff. de administr. tutor. gloss. in l. si vt certo, §. pro inde, ff. commodati, & ibi Bartol. & procedit, vt si tutrix est in tali periculo, quod non potest simul, & semel custodire bona sua, & bona pupilli, quod debet præferre bona pupilli, nisi res ipsius tutricis sit prætiosior, tradit Baeza vbi suprà n. 91. cum pluribus quos refert.

42 Conforme a lo qual deuio hazerse pagada de los deudores que dexò el dicho su marido en primer lugar, aduirtiẽdo que conforme a la obligaciõ de su oficio no puede gastar en esta paga los frutos de la tutela, que estàn destinados para comprar bienes rayzes, vt cum Caualcano, & Romano tradit Gutierr. vbi supra n. 41. & 42. porque fuera tambiẽ esto hazerse pago en perjuyzio de tercero, que no puede el tutor, vt tradit Gutierrez vbi suprà n. 46. & 49.

43 Lo que huuiere dado D. Iuana de Roxas, tutriz de su hija D. Iuana su menora, al tiempo que se casò, ò en otra qualquiera manera, se tomarà en quenta de la paga de estos frutos, y no en la de la paga de la legitima, y alimentos que deuia el Padre, porque la paga destos frutos es deuda propia q̃ deue la misma D. Iuana tutriz, & sic durior, y la de la legitima es deuda que deuen los bienes del padre, y assi se presume que las pagas q̃ estàn hechas por la dicha tutriz fuerõ in duriorem causam, por ser de deuda mas propia, y de mayor obligacion suya, textus est in l. 1. & 2. ff. de solutionib. Menoch. cons. 238. n. 58. & 59. Petrus Surd. cons. 82. n. 26. Mascard. de probation. concl. 1325. Pareceme justificada la pretension de D. Iuana, y assi espero se ha de juzgar. Saluo, &c.

Doct. D. Francisco Peñafiel y Ortiz.